

ano 19 - n. 75 | janeiro/março - 2019
Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i75
A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional
www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

A&C – REVISTA DE DIREITO ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL

IPDA

Instituto Paranaense
de Direito Administrativo



© 2019 Editora Fórum Ltda.

Todos os direitos reservados. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, de fotocópias ou de gravação, sem permissão por escrito do possuidor dos direitos de cópias (Lei nº 9.610, de 19.02.1998).

FÓRUM
CONHECIMENTO JURÍDICO

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15ª andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246	A&C : Revista de Direito Administrativo & Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar. 2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-
	Trimestral ISSN: 1516-3210
	Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada pela Editora Juruá em Curitiba
	1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional. I. Fórum.
	CDD: 342 CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Legalidade é juridicidade: notas sobre a (i)legitimidade da aplicação de leis inconstitucionais pela Administração Pública*

Legality is juridicity: notes on the (i)legitimacy of the application of unconstitutional laws by the Public Administration

Claudio Penedo Madureira**

Universidade Federal do Espírito Santo (Brasil)
madureira.fmr@gmail.com

Recebido/Received: 24.03.2019 / March 24th, 2019

Aprovado/Approved: 14.05.2019 / May 14th, 2019

Resumo: Este artigo tem por objetivo demonstrar que os agentes estatais devem negar aplicação a leis inconstitucionais, mesmo quando a inconstitucionalidade desses atos legislativos ainda não tiver sido formalmente declarada pelos órgãos jurisdicionais competentes, pois o princípio administrativo da legalidade vincula o agir administrativo não apenas ao que prescrevem as leis (legalidade em sentido estrito), mas também às regras e princípios que sobressaem do texto constitucional (juridicidade ou legalidade em sentido amplo).

Palavras-chaves: Direito Administrativo; legalidade; Direito Constitucional; controle de constitucionalidade das leis; juridicidade.

Como citar este artigo/*How to cite this article:* MADUREIRA, Claudio Penedo. Legalidade é juridicidade: notas sobre a (i)legitimidade da aplicação de leis inconstitucionais pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 217-240, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.1098.

* Este trabalho foi concebido no contexto de pesquisa financiada pela Fundação de Amparo à Pesquisa e Inovação do Espírito Santo – FAPES (Edital nº 06/2015 – UNIVERSAL INDIVIDUAL), que estuda “A conciliação como meio alternativo para a resolução de controvérsias jurídicas envolvendo a Fazenda Pública”.

** Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Universidade Federal do Espírito Santo (Vitória-ES, Brasil). Doutor em Direito pela PUC-SP. Mestre em Direito Processual pela UFES. Procurador do Estado do Espírito Santo. Advogado. *E-mail:* madureira.fmr@gmail.com.

Abstract: The purpose of this article is to demonstrate that state agents should deny application to unconstitutional laws even when the unconstitutionality of these legislative acts has not yet been formally declared by the courts of competent jurisdiction, since the administrative principle of legality binds administrative action, not only to what is prescribed (Legality in the strict sense), but also to the rules and principles that stand out from the constitutional text (juridicity or legality in the broad sense).

Keywords: Administrative Law; legality; constitutional right; control of constitutionality of laws; jurisdiction.

Sumário: 1 Apresentação do problema – 2 O princípio da legalidade e a vinculação dos agentes estatais ao direito – 3 Legalidade ou juridicidade? – 4 Legalidade e juridicidade – 5 À guisa de conclusão: legalidade é juridicidade – Referências

1 Apresentação do problema

Não foram poucas as vezes em que me deparei, quer em minhas atividades como advogado, quer nas aulas que ministro na graduação e na pós-graduação jurídica, com a curiosa observação (fruto, quero crer, de formalismo exacerbado) de que *havendo lei dispondo de certo modo essa lei deve ser cumprida mesmo se for inconstitucional*.¹ Nessas oportunidades, tenho respondido a todos o que a mim parece óbvio: uma lei inconstitucional não comporta aplicação, porque não encontra fundamento de validade na Constituição, norma editada com o específico propósito de limitar a atividade legislativa.

Não sobeja lembrar, a propósito, que a tradição jurídica há muito concebeu o controle da constitucionalidade das leis, que comporta investigação sobre a validade jurídico-constitucional dos atos normativos aprovados pelo Parlamento.² Essa peculiar atividade jurídica tem por premissa a ideia de supremacia da Constituição, gestada e gerida no corpo dos estudos que embasaram a construção da Constituição dos Estados Unidos da América, colhidos da obra “O Federalista”, de Hamilton, Jay e Madison,³ e sobretudo a partir do julgamento pela Suprema Corte daquele País do célebre caso *Marbury v. Madison*, relatado pelo Juiz Marshall,⁴ no curso do qual,

¹ Afirmção comumente embasada na incidência do que em doutrina se convencionou chamar princípio da presunção de constitucionalidade das leis (cf. BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 193), que remete à ilação, que a mim se afigura despropositada, de que, na esfera administrativa, apenas ao Chefe do Poder Executivo seria dado deixar de cumprir leis inconstitucionais (a propósito, cf., por todos: RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis*: vício e sanção. São Paulo: Saraiva, 1994, p. 237). Em sentido contrário, portanto, na linha do que sustentamos neste trabalho, cf.: BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p. 276.

² Sobre o assunto, confira-se, por todos: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.

³ HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Campinas: Russell, 2005.

⁴ Segundo Manoel Gonçalves Ferreira Filho, “o controle de constitucionalidade surgiu nos Estados Unidos, sob uma Constituição que não o prevê. Todavia, pôde Marshall, em decisão célebre, deduzir de seus

pela primeira vez, reconheceu-se ser próprio da atividade jurisdicional interpretar e aplicar a lei, de modo a que, havendo contrariedade entre a lei e a Constituição, deverá o julgador aplicar o texto constitucional.⁵ Afinal, como observa Owen Fiss, “supõe-se que as Cortes fazem o que é certo, e não o que é popular”.⁶ Essa forma de independência, argumenta o professor norte-americano, “também permite que o Judiciário [...] aja como uma força em contrapeso no Estado, verificando a ocorrência de abusos de poder por parte do Legislativo e Executivo”.⁷ Essa é, pois, a conformação e a missão do sistema de *freios e contrapesos*, que, nas palavras de Paulo Bonavides, “constitui a primeira correção essencial que se impôs” ao princípio democrático, “como decorrência, até certo ponto empírica, da prática constitucional”.⁸ Por isso é que, como observaram os *federalistas* Hamilton, Madison e Jay, os Tribunais têm “o dever de declarar nulos todos os atos contrários ao manifesto espírito da Constituição”, pois, se assim não for, “todas as restrições contra os privilégios ou concessões particulares serão inúteis”.⁹

Porque tem por escopo a preservação da Constituição, a defesa de seu texto e de seu espírito dos golpes porventura desferidos contra a sua eficácia, partam essas agressões do Poder Executivo, do Poder Legislativo ou da própria sociedade, o controle de constitucionalidade das leis exerce importante função na proteção dos direitos das minorias, que podem vir a ser prejudicados por opções político-legislativas construídas pela maioria. Porém, a sua principal funcionalidade de talvez seja a proteção do indivíduo contra abusos cometidos pelo poder público.

De um modo geral, o controle de constitucionalidade das leis é exercitado por meio de ações judiciais. Entretanto, *a constatação de que os agentes estatais se encontram plenamente vinculados ao Direito*, dada a incidência do princípio administrativo da legalidade, *recomenda que mesmo em âmbito administrativo leis inconstitucionais deixem de ser aplicadas*.¹⁰ Do contrário, estar-se-ia a autorizar

sistemas esse controle e reconhecer pertencer ao Judiciário, incumbido de aplicar a lei contenciosamente” (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975, p. 40).

⁵ Cf.: MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999, p. 541; FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*, cit., p. 40; e BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002. p. 639-640.

⁶ FISS, Owen. O correto grau de independência. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 155.

⁷ FISS, Owen. O correto grau de independência, cit., p. 155.

⁸ BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

⁹ HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. *O Federalista*, cit., p. 471.

¹⁰ Em rigor, não há qualquer novidade na afirmação que fazemos. Basta ver que há muito se manifestaram, em mesmo sentido, Miguel Reale, para quem “[...] em face dos princípios que norteiam a atividade administrativa, que exige plena e total conformidade com a ordem jurídica que assenta, fundamentalmente, nos países de Constituição rígida, como é o nosso, no texto da Constituição - a única conclusão possível é, repetimos, a de que não somente pode o Executivo recusar cumprimento a disposições emanadas do Legislativo, mas evidentemente inconstitucionais, como é de seu dever zelar para que não tenham eficácia na órbita administrativa” (REALE, Miguel. Parecer. Diário Oficial do Estado de São Paulo, de 19.03.63 *apud*

ao poder público o descumprimento das regras e princípios que integram o texto constitucional.

A despeito disso, ainda é recorrente a afirmação, na esfera administrativa, de que os agentes estatais, porque estão adstritos ao princípio da legalidade, devem cumprir a lei; que conduz à ilação de que apenas poderão negar aplicação a atos normativos dimanados pelo Poder Legislativo quando tiverem a sua inconstitucionalidade declarada pelo órgão jurisdicional competente.

Clovis Beznos certa feita expressou que, se o Estado de Direito pressupõe a efetividade do Direito e o respeito à Constituição, é papel do jurista, quando essa expectativa não se realizar, “identificar os mecanismos de defesa do Estado de Direito, para que o Direito, em sua dinâmica, seja efetivo”.¹¹ A isso me proponho neste trabalho, em que tomo por objetivo demonstrar que os agentes estatais devem obediência não apenas aos textos legais (legalidade), mas também ao texto constitucional (juridicidade), e que por isso é imprecisa, sob os pontos de vista científico e jurídico-normativo, a afirmação segundo a qual a ideia de legalidade estaria a lhes impor a aplicação de leis inconstitucionais.

2 O princípio da legalidade e a vinculação dos agentes estatais ao direito

Dalmo de Abreu Dallari conceitua o Estado como “ordem jurídica soberana que tem por fim o bem comum de um povo situado em um território”.¹² Ora, se o Estado, enquanto institucionalização política de uma sociedade, resulta de uma ordem jurídica, por óbvio não lhe assiste, sob qualquer perspectiva, desafiá-la.¹³ Destarte, a sua atuação frente à sociedade pressupõe atenção aos limites que

RTJ 96/496-499), e Vicente Rao, para quem “[...] nenhum poder é obrigado a cumprir as disposições, mesmo de origem legislativa, que sejam manifestamente inconstitucionais”, precisamente porque “o Executivo não é obrigado a cumprir as disposições legais viciadas por violação dos preceitos constitucionais” (RAO, Vicente. *Folha de São Paulo*, 20.03.63, *apud* Arquivos do Ministério da Justiça nº 95, p. 61). Sobre o assunto, cf., ainda: BITTENCOURT, Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 91, nota 3; MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929, p. 1929; RAMIREZ, Felipe Tena. *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa, 1944, p. 479; AZZARITI, Gaetano. *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951, p. 197; FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957, p. 298. O que se apresenta, a conferir validade à discussão proposta, é o “inconsciente coletivo” formado a partir da compreensão segundo a qual as leis são presumidamente constitucionais, e por isso devem ser aplicadas, inclusive pela Administração Pública, até que sejam expurgadas do ordenamento por decisão judicial que lhe declare a inconstitucionalidade.

¹¹ BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 15.

¹² DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 118.

¹³ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 33-37.

lhe atribui essa mesma ordem jurídica. Afinal, como ensina Maria Sylvia Zanella Di Pietro, “a lei [...] estabelece também os limites da atuação administrativa que tenha por objeto a restrição ao exercício de [...] direitos em benefício da coletividade”.¹⁴

Disso decorre a noção de legalidade, que, na feliz observação de Celso Antônio Bandeira de Mello, traduz o propósito político “de submeter os exercentes do poder em concreto – o administrativo – a um quadro normativo que embargue favoritismos, perseguições e desmandos”.¹⁵ Até porque, como lecionam Eduardo García de Enterría e Tomás-Ramón Fernández, “a legalidade a que a Administração está sujeita é antes de tudo uma técnica para garantir a liberdade”, de tal sorte que “a violação à legalidade que leve o cidadão a suportar o que a lei não permite é uma agressão à sua liberdade e sua oposição a isto é uma defesa dela”.¹⁶

Nessa senda, Bandeira de Mello acentua que “através da norma geral, abstrata e por isso mesmo impessoal”, isto é, da “lei, editada, pois, pelo Poder Legislativo – que é o colégio representativo de todas as tendências (inclusive minoritárias) do corpo social”, pretendeu-se “garantir que a atuação do Executivo nada mais seja senão a concretização dessa vontade geral”.¹⁷ Por esse motivo é que os agentes públicos têm a sua atuação vinculada aos estritos limites do que lhes determinam a lei e a Constituição. Cumpre-lhes, pois, em suas atividades cotidianas, aplicar corretamente o Direito, servindo, assim, aos interesses juridicizados pelos legítimos representantes do povo.

Em rigor, não resta alternativa ao Estado brasileiro. Com efeito, o agente estatal, na lição de Hely Lopes Meirelles, “não pode [...] deixar de cumprir os deveres que a lei lhe impõe, nem renunciar a qualquer parcela dos poderes e prerrogativas que lhes são conferidos”, precisamente porque “os deveres, poderes e prerrogativas não lhe são outorgados em consideração pessoal, mas sim, para serem utilizados em benefício da comunidade administrada”.¹⁸ Daí falar-se em legalidade estrita, a vincular a Administração Pública e seus agentes, que, conforme observa Bandeira de Mello, é “fruto da submissão do Estado à lei”,¹⁹ e que se encontra positivada, entre nós, como princípio de sede constitucional, na

¹⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001, p. 67.

¹⁵ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 100.

¹⁶ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 11. ed. Madri, Thomson Civitas, 2008, p. 48 *apud* BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de “interesse público”. In: MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 186.

¹⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, *cit.*, p. 100.

¹⁸ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991, p. 77.

¹⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, *cit.*, p. 100.

medida em que restou assentada pelo poder constituinte originário no *caput* do artigo 37 da Constituição.^{20 21}

Di Pietro destaca a importância da legalidade para o regime jurídico-administrativo, quando afirma que “este princípio juntamente com o de controle da Administração pelo Poder Judiciário, nasceu com o Estado de Direito e constitui uma das principais garantias de respeito aos direitos individuais”.²² Nesse mesmo sentido se posiciona Romeu Felipe Bacellar Filho, quando expõe que esse princípio decorre “do Estado de Direito, respeitadas as nuances da construção do significado desse conceito em cada país”.²³ Trata-se, pois, como ensinam José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, de “instrumento normativo de vinculação jurídico-constitucional da Administração”.²⁴

Por força desse princípio é que, na preciosa observação de Meirelles, “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo o que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.²⁵ Ou, como expressa Bandeira de Mello, “ao contrário dos particulares, os quais podem fazer tudo que não lhes seja proibido, a Administração pode fazer apenas o que lhe seja de antemão permitido por lei”.^{26 27} Ou, ainda, como sintetiza Di Pietro, “a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite”.²⁸

3 Legalidade ou juridicidade?

Postos esses contornos gerais, cumpre chamar a atenção para importante debate travado no plano da Ciência,²⁹ que consiste em investigar se o princípio da legalidade vincula a Administração ao ordenamento jurídico como um todo ou exclusivamente à lei em sentido formal; ou, na palavras de Romeu Felipe Bacellar

²⁰ CRFB. “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de *legalidade*, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)” (destaques nossos).

²¹ Cf.: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010, p. 96.

²² DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 67.

²³ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, cit., p. 96.

²⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 84.

²⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 78.

²⁶ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade, discricionariedade: seus limites e controle. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 57.

²⁷ Sobre o assunto, consulte-se, ainda: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*, cit., p. 76 e 101.

²⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, cit., p. 68.

²⁹ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*, cit., p. 37-40.

Filho, se “o princípio da legalidade conduz à formação da relação de legalidade entre os atos administrativos, de um lado, e o sistema jurídico (concepção ampla)”, ou entre eles e “a lei em sentido formal (concepção estrita), do outro”.³⁰ O que se dá é que, ao lado de uma aceção restritiva de legalidade, que relaciona esse princípio tão somente ao que prescrevem as leis administrativas, construiu-se, conforme Bacellar Filho, uma aceção mais ampla, que vincula a Administração e seus agentes ao ordenamento jurídico em sua integralidade, isto é, às leis e também à Constituição.

Segundo Bacellar Filho, aderem a essa aceção mais ampla de legalidade (legalidade como conformação à integralidade do ordenamento jurídico, inclusive à Constituição) Lúcia Valle de Figueiredo,³¹ Odete Medauar³² e Cármen Lúcia Antunes Rocha.^{33 34} Como forma de explicitá-la, o publicista procura sintetizar o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha,³⁵ observando, quanto ao particular, que para essa professora mineira “o princípio da legalidade [...] conserva o nome de legalidade, embora signifique, hoje, juridicidade, de sorte que quando a Constituição refere-se à legalidade [...] deve-se ler juridicidade”.³⁶

Bacellar Filho manifesta a sua adesão à aceção mais restrita de legalidade (legalidade como conformação apenas às leis), também sustentada, entre nós,³⁷ por Maria Sylvia Zanella Di Pietro.³⁸ O professor paranaense Romeu Felipe Bacellar Filho defende que “a adoção do sentido restrito do princípio da legalidade é exigência da própria Constituição”, à consideração de que “se o princípio da legalidade pretendesse abarcar a própria vinculação constitucional da atividade administrativa seria inútil e totalmente despida de sentido a afirmação dos outros princípios constitucionais da Administração Pública”.³⁹ E observa, em arremate, que “a adoção de conceito amplo faz confundir legalidade e constitucionalidade”, pervertendo-se “a hierarquia das fontes do direito (são colocados no mesmo

³⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, *cit.*, p. 96.

³¹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Processo e procedimento administrativo. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perspectivas do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.

³² MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

³³ Cf.: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: LÊ, 1990 e ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.

³⁴ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, *cit.*, p. 96-97.

³⁵ ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*, *cit.*, p. 78-79, 81, 84.

³⁶ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, *cit.*, p. 97.

³⁷ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, *cit.*, p. 97-98.

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*, *cit.*, p. 61.

³⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, *cit.*, p. 99.

plano blocos distintos da pirâmide normativa) quando no sistema constitucional brasileiro estão, rigidamente, delimitados”.⁴⁰ Daí que, em sua opinião, a atividade administrativa pressupõe “a observância de ambos os princípios: legalidade (em sentido estrito), como cumprimento da lei formal, e juridicidade, como atendimento aos mandamentos do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo das normas constitucionais”.⁴¹

4 Legalidade e juridicidade

De minha parte, não vejo razão para que se estabeleça semelhante distinção entre legalidade e juridicidade enquanto princípios jurídicos. E fundamento essa minha orientação teórica em traço bastante peculiar do Direito brasileiro, que não pode ser olvidado por juristas e intérpretes.

4.1 Pressuposto científico para a resolução do problema: a Ciência Jurídica e o escopo da atuação dos juristas

A Ciência Jurídica, campo da atuação do jurista, tem por objeto de análise as normas que compõem o ordenamento (Direito).⁴² Como regra, as normas são editadas pelo Parlamento,⁴³ e se qualificam como proposições prescritivas, porque prescrevem comandos que devem ser obedecidos pelos seus destinatários. Analisando-as, o jurista enuncia proposições descritivas, por meio das quais procura descrever o Direito, criando um sistema.⁴⁴

Posto isso, torna-se absolutamente relevante distinguir ordenamento jurídico e sistema. O ordenamento é composto por normas editadas por autoridades competentes (Direito), sob a forma de enunciados prescritivos, que são reais, porque pertencem ao mundo empírico; o sistema, por sua vez, é o método de análise do ordenamento, o mecanismo pelo qual o jurista organiza seu objeto, que é o Direito, e por isso não é real, mas irreal, porque está no mundo do pensamento. O ordenamento apresenta contradições, que são bastante comuns no mundo fenomênico, a começar porque tantas vezes as preferências sociais de hoje destoam

⁴⁰ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, *cit.*, p. 99.

⁴¹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro, *cit.*, p. 99.

⁴² Sobre a argumentação que se segue, cf. MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 131-133, *passim*.

⁴³ Muito embora também aфирam essa condição as normas administrativas, como os atos regulamentares, e as chamadas normas individuais, como a sentença, o contrato, etc.

⁴⁴ Sobre a argumentação que se segue, cf., por todos: DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica. Norma jurídica e aplicação do direito*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 199-204, *passim*.

daquelas prevalentes no passado, o que pode induzir a formação de antinomias; o sistema não as comporta, porque, nele, o jurista procura harmonizar o Direito, pela via do emprego de técnicas interpretativas e integrativas. Assim, conquanto comumente se refira, em doutrina, ao Direito como um sistema (fala-se, a propósito, em “sistema jurídico”), o Direito não é sistema, embora possa ser visto pelos juristas como sistema. Outras vezes, teóricos qualificam o ordenamento como sistema, mas o diferenciam do sistema produzido pela Ciência Jurídica. É assim em Emil Lask, que refere à existência de dois sistemas, o sistema da Ciência do Direito, que é criado pelo jurista, e o sistema não teórico da realidade jurídica;⁴⁵ e também em Lourival Vilanova, que refere à existência de um sistema de direito positivo (ordenamento) ao lado de um sistema da Ciência do Direito (sistema).⁴⁶ Mas, independentemente das designações que lhes são atribuídas pela doutrina, é fato que *ordenamento e sistema apresentam-se, frente ao fenômeno jurídico, como realidades distintas: o primeiro como objeto de análise do jurista, o outro como uma produção sua, cuja finalidade é conferir coerência e sistematicidade ao Direito.*

Essas considerações evidenciam que o trabalho do jurista, quando se propõe a descrever o Direito (ordenamento), sistematizando-o, pressupõe, sempre, a referibilidade das suas conclusões às especificidades do ordenamento jurídico que é objeto dessa sua atividade descritiva. Destarte, a investigação acerca da hipotética separação entre a legalidade e a juridicidade conduz, por imperativo lógico, à indagação sobre se é possível, entre nós, a aplicação das leis sem a necessária referência do intérprete (aplicador) às regras e princípios que integram a Constituição.

4.2 Pressuposto jurídico-normativo para a resolução do problema: a especificidade do modelo brasileiro de controle de constitucionalidade das leis

Considero que a resposta a esse questionamento deve ser negativa. Afinal, o Direito brasileiro comporta, desde a nossa primeira Constituição Republicana, promulgada em 1891, o controle difuso de constitucionalidade das leis, que autoriza os intérpretes em geral e os juízes em particular a deixarem de aplicar leis incompatíveis com o texto constitucional.

⁴⁵ A propósito, cf.: FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de direito no sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976, p. 123-165.

⁴⁶ VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005, p. 158-161.

4.2.1 Retrospecto do tratamento normativo conferido pelas Constituições brasileiras ao controle de constitucionalidade das leis

A primeira das Constituições brasileiras, outorgada no ano de 1824, não contemplava o controle de constitucionalidade das leis.⁴⁷ Naquele contexto, a competência da Corte Suprema do País (então designada como Supremo Tribunal de Justiça,⁴⁸ e composta por *juízes letrados*, escolhidos a partir das *Relações*,⁴⁹ sob o critério de antiguidade⁵⁰) restringia-se à concessão ou denegação de *revistas nas causas*; ao conhecimento dos delitos, dos erros que vierem a cometer os seus membros, assim como os juízes dos Tribunais inferiores, os empregados no corpo diplomático e os Presidentes das províncias; e à decisão sobre os conflitos de jurisdição e competência dos órgãos jurisdicionais.⁵¹ Essa Constituição, por influência francesa, já estabelecia a divisão e a harmonia entre os Poderes como princípio conservador dos direitos dos cidadãos e meio de fazer efetivas as garantias previstas em seu corpo.⁵² No entanto, o Supremo não atuava, nesse período monárquico, como guardião do texto constitucional, atividade conferida, no contexto daquela Carta Política, à Assembleia-Geral,⁵³ embora exercida, ainda que de forma reflexa, pelo próprio Imperador, que detinha em suas mãos o Poder Moderador (art. 98⁵⁴).⁵⁵

⁴⁷ Sobre a argumentação que se segue, cf.: MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014, p. 135-147.

⁴⁸ O Brasil não era, então, uma Federação, só passando a sê-lo em 1891, com a edição da Constituição Republicana. Assim, não havia sentido em designar, àquele tempo, o Excelso Pretório como Supremo Tribunal Federal.

⁴⁹ Espécie de órgãos judicantes que funcionavam no âmbito das províncias.

⁵⁰ Constituição de 1824. “Art. 163. Na Capital do Imperio, além da Relação, que deve existir, assim como nas demais Províncias, haverá também um Tribunal com a denominação de – Supremo Tribunal de Justiça – composto de Juizes Letrados, tirados das Relações por suas antiguidades; e serão condecorados com o Titulo do Conselho. Na primeira urbanização poderão ser empregados neste Tribunal os Ministros daquelles, que se houverem de abolir”.

⁵¹ Constituição de 1824. “Art. 164. A este Tribunal Compete: I. Conceder, ou denegar Revistas nas Causas, e pela maneira, que a Lei determinar. II. Conhecer dos delictos, e erros do Officio, que commetterem os seus Ministros, os das Relações, os Empregados no Corpo Diplomatico, e os Presidentes das Províncias. III. Conhecer, e decidir sobre os conflictos de jurisdição, e competencia das Relações Provinciaes”.

⁵² Constituição de 1824. “Art. 9. A Divisão, e harmonia dos Poderes Politicos é o princípio conservador dos Direitos dos Cidadãos, e o mais seguro meio de fazer effectivas as garantias, que a Constituição offerece. [...] Art. 10. Os Poderes Politicos reconhecidos pela Constituição do Imperio do Brazil são quatro: o Poder Legislativo, o Poder Moderador, o Poder Executivo, e o Poder Judicial”.

⁵³ Constituição de 1824. “Art. 15. É da attribuição da Assembléa Geral: [...] IX. Velar na guarda da Constituição, e promover o bem geral da Nação”. Essa circunstância é destacada por Daniel Francisco Mitidiero como caractere “próprio do modelo de État Légal francês” (MITIDIÉRO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 24).

⁵⁴ Constituição de 1824. “Art. 98. O Poder Moderador é a chave de toda a urbanização Política, e é delegado privativamente ao Imperador, como Chefe Supremo da Nação, e seu Primeiro Representante, para que incessantemente vele sobre a manutenção da Independencia, equilibrio, e harmonia dos mais Poderes Politicos”.

⁵⁵ Cf., a propósito: MITIDIÉRO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional, cit.*, p. 24.

Esse modelo se altera substancialmente com a promulgação da Constituição de 1891, contexto em que a Corte Constitucional, agora já sob a designação de Supremo Tribunal Federal, passou a assumir uma posição mais efetiva na condução dos destinos políticos do País. Com efeito, a Carta Republicana atribuiu ao ministro Presidente da Suprema Corte a incumbência de funcionar como Presidente do Tribunal que se instaura no Senado para julgamento do Presidente da República e de outros funcionários designados pela Constituição,⁵⁶ e de substituir o Chefe do Executivo em suas ausências e impedimentos, de forma subsidiária ao Vice-Presidente e aos dirigentes do Senado e da Câmara.⁵⁷ A Constituição de 1891 também inova ao prever que a nomeação dos Ministros do Supremo Tribunal Federal não mais se faça pela via da promoção por antiguidade dos magistrados que compunham os órgãos jurisdicionais locais, mas por indicação do Presidente da República, com a aprovação do Senado.⁵⁸ Com essa medida, o legislador constituinte submeteu a composição do Supremo Tribunal Federal ao crivo dos Poderes Executivo e Legislativo, compostos, de seu turno, por representantes eleitos pelo povo brasileiro e, assim, conferiu legitimação democrática diferenciada àquele Tribunal. Adiante, como consequência dessa sua legitimação diferenciada, a Carta de 1891 estabeleceu a competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer, em grau de recurso, de sentenças proferidas pelas Justiças dos Estados, em última instância, inclusive quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas,⁵⁹ alçando-o, assim, à posição de guardião da legalidade e da Constituição. *Foi nesse contexto, que se instituiu, entre nós, por clara influência do modelo constitucional norte-americano, o controle difuso de constitucionalidade das leis.*⁶⁰

⁵⁶ CF 1891. “Art. 33 – Compete, privativamente ao Senado julgar o Presidente da República e os demais funcionários federais designados pela Constituição, nos termos e pela forma que ela prescreve. §1º – O Senado, quando deliberar como Tribunal de Justiça, será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal”.

⁵⁷ CF 1891. “Art. 41 – Exerce o Poder Executivo o Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil, como chefe eletivo da Nação. §1º – Substitui o Presidente, no caso de impedimento, e sucede-lhe no de falta o Vice-Presidente, eleito simultaneamente com ele. §2º – No impedimento, ou, falta do Vice-Presidente, serão sucessivamente chamados à Presidência o Vice-Presidente do Senado, o Presidente da Câmara e o do Supremo Tribunal Federal”.

⁵⁸ CF 1891. “Art. 48 – Compete privativamente ao Presidente da República: [...] 12º) nomear os membros do Supremo Tribunal Federal e os Ministros diplomáticos, sujeitando a nomeação à aprovação do Senado. [...] Art. 56 – O Supremo Tribunal Federal compor-se-á de quinze Juizes, nomeados na forma do art. 48, nº 12, dentre os cidadãos de notável saber e reputação, elegíveis para o Senado”.

⁵⁹ CF 1891. “Art. 59 – Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – processar e julgar originária e privativamente: [...] §1º – Das sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal: a) quando se questionar sobre a validade, ou a aplicação de tratados e leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado for contra ela; b) quando se contestar a validade de leis ou de atos dos Governos dos Estados em face da Constituição, ou das leis federais, e a decisão do Tribunal do Estado considerar válidos esses atos, ou essas leis impugnadas”.

⁶⁰ Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins esclarecem, quanto ao particular, que o controle difuso de constitucionalidade surgiu, entre nós, com a Constituição Provisória que precedeu à Carta de

A Constituição de 1934 promoveu nova alteração da denominação do Tribunal, que passou, então, a chamar-se Corte Suprema.⁶¹ Essa Carta Constitucional também ampliou a participação do Tribunal na esfera política, atribuindo a ele a competência para processar e julgar o Presidente da República nos crimes comuns. Além disso, expandiu a participação dos seus membros no julgamento realizado perante o Senado Federal⁶² para além da simples atribuição do comando do órgão especial ao seu Presidente, quando estabeleceu que três Ministros da Corte Suprema passariam a compô-lo ao lado dos representantes do Parlamento.⁶³ A par dessas novidades, a Carta de 1934 manteve a Corte Suprema como guardiã da legalidade e da Constituição. Mas inovou ao designar como recurso extraordinário a pretensão recursal dirigida à decisão que contraria literal disposição de tratado ou lei federal, ou que comporte diversidade de interpretação entre as Cortes de Apelação das unidades federativas, assim como aqueles outros que encartem questionamentos sobre a vigência ou validade de lei federal ou atos dos Governos locais em face da Constituição.⁶⁴ E, conquanto tenha mantido sob a competência da Corte Suprema o controle da legalidade dos julgamentos proferidos em Segunda Instância, reforçou o seu *status* de Tribunal Constitucional, quando previu a criação de Tribunais Federais para atuar como Cortes de revisão das

1891 e com o Decreto n. 848, de 1890 (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 35). E que essas disposições foram incorporadas, adiante, pela Constituição de 1891, que reconheceu a competência do Supremo Tribunal Federal para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela, ou quando se contestasse a validade de leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 36).

⁶¹ CF 1934. “Art. 63 – São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema. [...] Art. 74 – Os Ministros da Corte Suprema serão nomeados pelo Presidente da República, com aprovação do Senado Federal, dentre brasileiros natos de notável saber jurídico e reputação ilibada alistados eleitores, não devendo ter, salvo os magistrados, menos de 35, nem mais de 65 anos de idade”. DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS. “Art. 9 – O Supremo Tribunal Federal, com os seus atuais Ministros, passará a constituir a Corte Suprema. Parágrafo único – Os recursos pendentes, cuja decisão não mais couber à Corte Suprema em virtude da criação dos novos Tribunais previstos na Constituição, baixarão aos Tribunais competentes, a menos que se achem em grau de embargos”.

⁶² Nesse contexto, restrito aos crimes de responsabilidade.

⁶³ CF 1934. “Art. 58 – O Presidente da República será processado e julgado nos crimes comuns, pela Corte Suprema, e nos de responsabilidade, por um Tribunal Especial, que terá como presidente o da referida Corte e se comporá de nove Juízes, sendo três Ministros da Corte Suprema, três membros do Senado Federal e três membros da Câmara dos Deputados. O Presidente terá apenas voto de qualidade”.

⁶⁴ CF 1934. “Art. 76 – A Corte Suprema compete: [...] III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes, inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal”.

decisões proferidas pelos Juízes Federais, estabelecendo, de forma taxativa, que das decisões desses Tribunais caberia recurso para a Corte Suprema sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional.⁶⁵ Essa Constituição também inova ao prever a representação por inconstitucionalidade interventiva,⁶⁶ a cláusula de reserva de plenário para a decretação da inconstitucionalidade pelos Tribunais⁶⁷ e a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva da Corte Suprema.⁶⁸

Na sequência, veio a Constituição de 1937, que manteve a designação do Tribunal como Corte Suprema;⁶⁹ o Ministro Presidente da Suprema Corte na linha sucessória do Presidente da República;⁷⁰ a previsão quanto ao cabimento de recurso extraordinário em matéria de ofensa à legalidade (no que se incluem as divergências de interpretação entre as Cortes de Apelação das unidades federativas) ou ao texto constitucional (questionamentos sobre a vigência ou validade de lei federal ou atos dos Governos locais em face da Constituição);⁷¹ a competência para julgar recursos

⁶⁵ CF 1934. “Art. 78 – A lei criará Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da Justiça, podendo atribuir-lhe o julgamento final das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas referidas no art. 81, letras d, g, h, i, e l; assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes federais de circunscrições em que esses Tribunais tenham competência. Parágrafo único – Caberá recurso para a Corte Suprema, sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e, ainda, nos casos de denegação de habeas corpus”.

⁶⁶ CF 1934. “Art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h, do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] VII – para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais. [...] §2º – Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. [...] §5º – Na espécie do nº VII, e também para garantir o livre exercício do Poder Judiciário local, a intervenção será requisitada ao Presidente da República pela Corte Suprema ou pelo Tribunal de Justiça Eleitoral, conforme o caso, podendo o requisitante comissionar o Juiz que torne efetiva ou fiscalize a execução da ordem ou decisão”.

⁶⁷ CF 1934. “Art. 179 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

⁶⁸ CF 1934. “Art. 96 – Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”.

⁶⁹ CF 1937. “Art. 63 – São órgãos do Poder Judiciário: a) a Corte Suprema; b) os Juízes e Tribunais federais; c) os Juízes e Tribunais militares; d) os Juízes e Tribunais eleitorais. [...] Art. 73 – A Corte Suprema, com sede na Capital da República e jurisdição em todo o território nacional, compõe-se de onze Ministros. [...] DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS. Art. 9 – O Supremo Tribunal Federal, com os seus atuais Ministros, passará a constituir a Corte Suprema. Parágrafo único – Os recursos pendentes, cuja decisão não mais couber à Corte Suprema em virtude da criação dos novos Tribunais previstos na Constituição, baixarão aos Tribunais competentes, a menos que se achem em grau de embargos”.

⁷⁰ CF 1937. “Art. 52 [...] §8º – Em caso de vaga no último semestre do quadriênio, assim como nos de impedimento ou falta do Presidente da República, serão chamados sucessivamente a exercer o cargo o Presidente da Câmara dos Deputados, o do Senado Federal e o da Corte Suprema”.

⁷¹ CF 1937. “Art. 76 – A Corte Suprema compete: [...] III – em recurso extraordinário, as causas decididas pelas Justiças locais em única ou última instância: a) quando a decisão for contra literal disposição de tratado ou lei federal, sobre cuja aplicação se haja questionado; b) quando se questionar sobre a vigência ou validade de lei federal em face da Constituição, e a decisão do Tribunal local negar aplicação à lei impugnada; c) quando se contestar a validade de lei ou ato dos Governos locais em face da Constituição, ou de lei federal, e a decisão do Tribunal local julgar válido o ato ou a lei impugnada; d) quando ocorrer diversidade de interpretação definitiva da lei federal entre Cortes de Apelação de Estados diferentes,

interpostos contra decisões de Tribunais Federais, em revisão às decisões proferidas pelos Juízes Federais, quando controvertida matéria constitucional;⁷² a representação por inconstitucionalidade interventiva;⁷³ a cláusula de reserva de plenário para a decretação da inconstitucionalidade pelos Tribunais;⁷⁴ e a competência do Senado para suspender a execução de lei declarada inconstitucional em decisão definitiva daquele Tribunal.⁷⁵ No entanto, promoveu um retrocesso ao estipular espécie de controle parlamentar sobre as decisões judiciais que afirmem a inconstitucionalidade de leis, admitindo, no âmbito do controle difuso de constitucionalidade,⁷⁶ a revisão desses atos decisórios em hipóteses em que o ato normativo declarado inconstitucional podia ter a sua validade jurídico-constitucional restaurada, depois de submetido ao Parlamento, mediante confirmação do seu texto por dois terços dos membros de ambas as Casas, quando fosse considerada, pelo Presidente da República, necessária ao bem-estar do povo ou ao interesse nacional.^{77 78}

inclusive do Distrito Federal ou dos Territórios, ou entre um destes Tribunais e a Corte Suprema, ou outro Tribunal federal”.

⁷² CF 1937. “Art. 78 – A lei criará Tribunais federais, quando assim o exigirem os interesses da Justiça, podendo atribuir-lhe o julgamento final das revisões criminais, excetuadas as sentenças do Supremo Tribunal Militar, e das causas referidas no art. 81, letras d, g, h, i, e l; assim como os conflitos de jurisdição entre Juízes federais de circunscrições em que esses Tribunais tenham competência. Parágrafo único - Caberá recurso para a Corte Suprema, sempre que tenha sido controvertida matéria constitucional e, ainda, nos casos de denegação de habeas corpus”.

⁷³ CF 1937. “Art. 12 – A União não intervirá em negócios peculiares aos Estados, salvo: [...] V – para assegurar a observância dos princípios constitucionais especificados nas letras a a h , do art. 7º, nº I, e a execução das leis federais; [...] VII – para a execução de ordens e decisões dos Juízes e Tribunais federais. [...] §2º – Ocorrendo o primeiro caso do nº V, a intervenção só se efetuará depois que a Corte Suprema, mediante provocação do Procurador-Geral da República, tomar conhecimento da lei que a tenha decretado e lhe declarar a constitucionalidade. [...] §5º – Na espécie do nº VII, e também para garantir o livre exercício do Poder Judiciário local, a intervenção será requisitada ao Presidente da República pela Corte Suprema ou pelo Tribunal de Justiça Eleitoral, conforme o caso, podendo o requisitante comissionar o Juiz que torne efetiva ou fiscalize a execução da ordem ou decisão”.

⁷⁴ CF 1937. “Art. 179 – Só por maioria absoluta de votos da totalidade dos seus Juízes, poderão os Tribunais declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato do Poder Público”.

⁷⁵ CF 1937. “Art. 91 – Compete ao Senado Federal: [...] IV – suspender a execução, no todo ou em parte, de qualquer lei ou ato, deliberação ou regulamento, quando hajam sido declarados inconstitucionais pelo Poder Judiciário. [...] Art. 96 – Quando a Corte Suprema declarar inconstitucional qualquer dispositivo de lei ou ato governamental, o Procurador Geral da República comunicará a decisão ao Senado Federal para os fins do art. 91, nº IV, e bem assim à autoridade legislativa ou executiva, de que tenha emanado a lei ou o ato”.

⁷⁶ Única modalidade de controle até então admitida entre nós, para os atos normativos (atos concretos passaram a ser controlados diretamente pelo Tribunal Constitucional a partir da Constituição de 1934, por meio da ação de inconstitucionalidade interventiva), por influência do modelo norte-americano (*judicial review*), recepcionado pela Constituição de 1891. O controle concentrado, ou direto, apenas passou a ser admitido entre nós a partir da Carta de 1946, como será explicitado na sequência.

⁷⁷ CF 1937. “Art. 96 [...] Parágrafo único – No caso de ser declarada a inconstitucionalidade de uma lei que, a juízo do Presidente da República, seja necessária ao bem-estar do povo, à promoção ou defesa de interesse nacional de alta monta, poderá o Presidente da República submetê-la novamente ao exame do Parlamento: se este a confirmar por dois terços de votos em cada uma das Câmaras, ficará sem efeito a decisão do Tribunal”.

⁷⁸ Tal se infere da seguinte passagem de obra de Gilmar Ferreira Mendes: “Na Constituição de 1937 criou-se a possibilidade de suspender, mediante ato legislativo, decisão judicial que declarasse a inconstitucionalidade

Apenas na vigência dessa Carta Constitucional, editada, sabidamente, sob os auspícios de um regime totalitário, e, ainda assim, somente quando o Congresso Nacional empregasse, mediante provocação da Presidência da República, a precitada limitação à interpretação constitucional, é que se poderia afirmar a viabilidade da aplicação, pela Administração Pública, de leis inconstitucionais. Todavia, as Constituições subsequentes não autorizaram o Parlamento a interferir na interpretação constitucional.

A Constituição de 1946 voltou a designar o Tribunal como Supremo Tribunal Federal.⁷⁹ ⁸⁰ Instituem-se, em seu regime, o controle concentrado da constitucionalidade das leis, por meio da ação direta de inconstitucionalidade contra lei (estadual e federal) em tese (a ser proposta, então, exclusivamente pelo Procurador-Geral da República)⁸¹ e o controle pelos Tribunais de Justiça dos Estados sobre as Leis Municipais em face das Constituições Estaduais.⁸² Outra inovação substancial promovida pela Carta de 1946 na organização do Poder Judiciário brasileiro diz respeito à criação (em substituição aos Tribunais Federais,

do ato normativo. Isso deveria ocorrer através de resolução do Parlamento Nacional, aprovada por uma maioria qualificada de dois terços dos votos (art. 96). Esse instituto deveria cumprir dupla função: confirmar a validade da lei e cassar a decisão judicial questionada. A lei confirmada ganhava, assim, a força de uma Emenda Constitucional” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha. 5ª ed. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 32). O constitucionalista observa, adiante, que “a faculdade confiada ao Parlamento de suspender decisões judiciais acabou por ser exercida diretamente pelo ditador mediante a edição de decretos-leis (Constituição de 1937, art. 180)” (MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional*: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha, *cit.*, p. 35), a propósito do que relata, em obra publicada conjuntamente com o professor Ives Gandra da Silva Martins que “em 1939 o Presidente Getúlio Vargas editou o Decreto-Lei n. 1.564, confirmando textos de lei declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal federal” (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9.868, de 10-11-1999, *cit.*, p. 42).

⁷⁹ Abandonando, assim, a denominação Corte Suprema, que lhe havia sido atribuída pelas Cartas de 1934 e 1937.

⁸⁰ CF 1946. “Art. 94 – O Poder Judiciário é exercido pelos seguintes órgãos: I – Supremo Tribunal Federal; II – Tribunal Federal de Recursos; III – Juízes e Tribunais militares; IV – Juízes e Tribunais eleitorais; V – Juízes e Tribunais do trabalho”.

⁸¹ Conforme lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins: “A Constituição de 1946 emprestou nova conformação à ação direta de inconstitucionalidade, introduzida, inicialmente, no Texto Magno de 1934. Atribuiu-se ao Procurador-Geral de República a titularidade da representação de inconstitucionalidade, para os efeitos de intervenção federal, nos casos de violação dos seguintes princípios: a) forma republicana representativa; b) independência e harmonia entre os poderes; c) temporariedade das funções eletivas, limitada a duração destas à das funções federais correspondentes; d) proibição da reeleição de governadores e prefeitos par o período imediato; e) autonomia municipal; f) prestação de contas da administração; g) garantias do Poder Judiciário (art. 8º, parágrafo único, c/c o art. 7º, VII)” (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, *cit.*, p. 44). Os doutrinadores acentuam, ainda, que “a arguição de inconstitucionalidade direta teve ampla utilização no regime constitucional instituído em 1946” (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, *cit.*, p. 44).

⁸² Instituído pela Emenda Constitucional nº 16/65 (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade*: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, *cit.*, p. 50).

então extintos, como toda a Justiça Federal) do Tribunal Federal de Recursos,⁸³ com sede no Distrito Federal.⁸⁴

Adiante foi promulgada a Constituição de 1967, que foi substancialmente alterada no ano de 1969, por Emenda Constitucional. Essa Carta, embora resultante, como a Constituição de 1937, de um regime totalitário, modificou apenas sensivelmente o regramento constitucional no que toca ao funcionamento e à competência do Supremo Tribunal Federal, assim como ao controle da constitucionalidade das leis. Em seu regime ampliou-se a representação interventiva, que foi estendida à execução de lei federal; instituiu-se a representação de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, tendo como único legitimado ativo o Procurador-Geral da República;^{85 86} e fixou-se a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal conceder medida cautelar em representação de constitucionalidade.^{87 88} Além disso, em sua vigência foi restabelecida a Justiça Federal, que passou a ter por Corte revisional o Tribunal Federal de Recursos.

Em 1988, como resultado do processo de redemocratização do País, o Brasil promulgou uma nova Constituição, que ampliou o rol de legitimados para o controle concentrado de constitucionalidade das leis (art. 103, incisos⁸⁹); instituiu a ação

⁸³ Que por ocasião da promulgação da Carta de 1988 seria convertido no Superior Tribunal de Justiça, e que, adiante, passaria a assumir a função de guardião da legalidade.

⁸⁴ CF 1946. “Art. 103 – O Tribunal Federal de Recursos, com sede na Capital federal compor-se-á de nove Juizes, nomeados pelo Presidente da República, depois de aprovada a escolha pelo Senado Federal, sendo dois terços entre magistrados e um terço entre advogados e membros do Ministério Público, com os requisitos do art. 99. ADCT. Art. 14 – Para composição do Tribunal Federal de Recursos na parte constituída de magistrados, o Supremo Tribunal Federal indicará, a fim de serem nomeados pelo Presidente da República, até três dos Juizes seccionais e substitutos da extinta Justiça Federal, se satisfizerem os requisitos do art. 99 da Constituição. A indicação será feita, sempre que possível, em lista dupla para cada caso. [...] §3º – Enquanto não funcionar o Tribunal Federal de Recursos, o Supremo Tribunal Federal continuará a julgar todos, os processos, de sua competência, nos termos da legislação anterior”.

⁸⁵ Instituída pela Emenda Constitucional nº 07/77 (Cf.: MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 58).

⁸⁶ Conforme lecionam Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins: “A Emenda n. 7, de 1977, introduziu, ao lado da representação de inconstitucionalidade, a representação para fins de interpretação de lei ou ato normativo federal ou estadual, outorgando ao Procurador-Geral da República a legitimidade para provocar o pronunciamento do Supremo Tribunal Federal (art. 119, I, e). E, segundo a Exposição de Motivos apresentada ao Congresso Nacional, esse instituto deveria evitar a proliferação de demandas, com a fixação imediata da correta exegese da lei” (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 58).

⁸⁷ Instituída pela Emenda Constitucional nº 07/77 (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 58-59).

⁸⁸ Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins observam, na sequência, que “a Emenda n. 7, de 1977, pôs termo à controvérsia sobre utilização de liminar em representação de inconstitucionalidade, reconhecendo, expressamente, a competência do Supremo Tribunal para deferir pedido de cautelar, formulado pelo Procurador-Geral da República (CF de 1967/1969, art. 119, I, p)” (MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 58-59).

⁸⁹ CRFB. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) I – o Presidente da República; II – a Mesa do Senado Federal; III – a Mesa da Câmara dos Deputados; IV – a Mesa de Assembléia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004) V – o Governador de Estado ou do Distrito Federal; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de

declaratória de constitucionalidade (art. 103, *caput*⁹⁰) e a ação de arguição de descumprimento de preceito fundamental (art. 102, §1^o⁹¹); instituiu a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art. 103, §2^o⁹²); e conferiu ao Advogado-Geral da União a defesa do ato normativo impugnado (art. 103, §3^o⁹³). Além disso, a Carta de 1988, quando criou o Superior Tribunal de Justiça, em substituição ao vetusto Tribunal Federal de Recursos (ADCT, art. 27 e §§1^o, 2^o e 3^o⁹⁴), e a ele atribuiu a competência para atuar como guardião da legalidade e Corte unificadora da Jurisprudência,⁹⁵ deu um passo significativo no sentido da consolidação do Supremo Tribunal Federal como Corte Constitucional.

Essas três Constituições, a exemplo do que sobressai dos textos das Cartas Republicanas editadas anteriormente à Constituição de 1937 (Constituições de 1891 e 1934), têm em comum a particularidade de não haverem mantido o expediente, encampado por aquela Carta Política, que permitia ao Poder Legislativo, mediante provocação do Poder Executivo, rever decisões judiciais proferidas no exercício da jurisdição constitucional, e com isso refutaram a ideia subjacente à configuração, entre nós, de uma suposta e hipotética supremacia do Parlamento sobre a interpretação constitucional (supremacia da Constituição) desenvolvida, primariamente, pela Suprema Corte, e, reflexamente, pelos juízes e demais intérpretes. Assim, muito embora tenham ampliado consideravelmente o espectro da incidência do controle concentrado de constitucionalidade, as Constituições de 1946, 1967/69 e 1988 mantiveram intacto o controle difuso.⁹⁶

2004) VI – o Procurador-Geral da República; VII – o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil; VIII – partido político com representação no Congresso Nacional; IX – confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional”.

⁹⁰ CRFB. “Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)” (destaques nossos).

⁹¹ CRFB. “Art. 102. Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: [...] §1^o A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei. (Transformado em §1^o pela Emenda Constitucional nº 3, de 17/03/93)”.

⁹² CRFB. “Art. 103 [...] §2^o – Declarada a inconstitucionalidade por omissão de medida para tornar efetiva norma constitucional, será dada ciência ao Poder competente para a adoção das providências necessárias e, em se tratando de órgão administrativo, para fazê-lo em trinta dias”.

⁹³ CRFB. “Art. 103 [...] §3^o – Quando o Supremo Tribunal Federal apreciar a inconstitucionalidade, em tese, de norma legal ou ato normativo, citará, previamente, o Advogado-Geral da União, que defenderá o ato ou texto impugnado”.

⁹⁴ CRFB-ADCT. “Art. 27. O Superior Tribunal de Justiça será instalado sob a Presidência do Supremo Tribunal Federal. §1^o – Até que se instale o Superior Tribunal de Justiça, o Supremo Tribunal Federal exercerá as atribuições e competências definidas na ordem constitucional precedente. §2^o – A composição inicial do Superior Tribunal de Justiça far-se-á: I – pelo aproveitamento dos Ministros do Tribunal Federal de Recursos; II – pela nomeação dos Ministros que sejam necessários para completar o número estabelecido na Constituição. §3^o – Para os efeitos do disposto na Constituição, os atuais Ministros do Tribunal Federal de Recursos serão considerados pertencentes à classe de que provieram, quando de sua nomeação”.

⁹⁵ A competência originária do Tribunal Federal de Recursos foi assumida pelos Tribunais Regionais Federais, também criados pela Constituição de 1988; conforme se depreende do texto do art. 27, §6^o do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

⁹⁶ Quanto ao particular, Mitidiero assevera que “essa especial estabilidade do controle difuso de constitucionalidade não é, de modo algum, um acidente histórico no direito brasileiro ou uma importação irresponsável do modelo norte-americano” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 25).

4.2.2 O controle difuso de constitucionalidade das leis e a imperiosidade de que os intérpretes considerem o ordenamento jurídico como um todo

O controle concentrado, reflexo da experiência constitucional austríaca, é exercido de forma abstrata, isto é, com o intuito de retirar do ordenamento jurídico aquelas normas que se mostrarem incompatíveis com a Lei Maior ou, quando menos, de modular a sua interpretação, conformando-as ao texto constitucional. Por sua vez, o controle difuso, dito incidental, recepcionado da tradição jurídica norte-americana, é efetivado no curso de processos judiciais mantidos entre particulares, ou entre eles e a Administração Pública, e tem por finalidade específica promover a escorreita aplicação do Direito no caso concreto.

No controle difuso, todo e qualquer magistrado pode deixar de aplicar leis inconstitucionais ou conformar a sua aplicação aos ditames da constituição; em movimento diametralmente oposto do que ocorre no modelo francês (*État Légal*⁹⁷), em que não é admitido o controle da constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário, e no modelo austríaco,⁹⁸ posteriormente aperfeiçoado pelo modelo

⁹⁷ Um *État Légal* assim se qualifica por amparar-se em ambiente político, filosófico e metodológico que induz a limitação da atividade jurisdicional a atos de subsunção mecânica ou que, nas palavras de Daniel Mitidiero, impõe ao Juiz “vocalizar estritamente as palavras da lei, tendo em conta mesmo dois dos ‘postulados capitais’ da Escola da Exegese, quais sejam, a identificação de todo o direito com a lei e a asunção da exclusividade da lei como único critério jurídico possível” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 20-21). Por tal circunstância, o *État Légal*, como disse Mitidiero, “desconhece um controle de constitucionalidade da lei propriamente dita, cifrando-se à aferição da conformidade do projeto de lei à Constituição”, atividade que, ademais, é relegada a órgão não-jurisdicional (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 21). E tal se dá porque, ainda conforme Mitidiero, “o modelo do *État Légal* repousa a sua tônica sobre o legislador” (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 21), contexto em que, segundo Canotilho, a força normativa da Constituição acaba neutralizada (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 92).

⁹⁸ Discorrendo sobre o modelo austríaco, Mauro Cappelletti adverte que aquele sistema, tal como concebido originariamente, mostrou-se insuficiente a solucionar as questões advindas da hipotética contrariedade entre o texto constitucional e disposições normativas dimanadas pelo Poder Legislativo, já que, em sua conformação originária, somente os Governos dos *Lander* e o Governo Federal eram legitimados para instaurar, em via principal, o processo de controle de constitucionalidade perante a Corte Constitucional, respectivamente em relação às leis federais e às leis dos *Lander* (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1992, p. 107). Daí que, para esse jurista italiano, na prática, o controle de constitucionalidade assumiu, naquele contexto, uma função importante, mas muito limitada (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 107). Isso, principalmente, porque o Governo Federal e os Governos dos *Lander* não tinham o dever, mas apenas uma faculdade discricionária, de instaurar o processo de controle da constitucionalidade (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 107). Assim, no plano empírico, muitas leis inconstitucionais podiam fugir ao controle da Corte Constitucional austríaca, já que, como acentua Cappelletti, vigia naquele sistema jurídico dispositivo constitucional que impunha aos juízes a irrestrita aplicação das leis, mesmo quando manifestamente inconstitucionais, o que obstava a implementação do controle difuso de constitucionalidade e mantinha leis inconstitucionais (ou inválidas) plenamente aplicáveis (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 107).

alemão (*Rechtsstaat*⁹⁹), no qual o controle da constitucionalidade das leis somente pode ser exercido pela Suprema Corte; o que nos aproxima do modelo norte-americano de controle (*Rule of law*¹⁰⁰). Daí a absoluta correção do posicionamento de Hermes Zaneti Júnior quanto diz que “nunca houve na tradição constitucional brasileira uma identificação completa entre direito e lei” e que “os nossos juízes sempre se sentiram mais ou menos à vontade (e também compromissados) para decidir conforme a justiça”.¹⁰¹

A propósito, merece destaque que, no Brasil, o controle difuso de constitucionalidade desde sempre decorreu de disposição normativa expressa em nosso ordenamento jurídico, diversamente do que ocorre nos Estados Unidos da América, onde não existe dispositivo constitucional a contemplá-lo taxativamente.¹⁰² Quanto ao particular, Gilmar Ferreira Mendes e Ives Gandra da Silva Martins lecionam que o controle difuso de constitucionalidade surgiu, entre nós, já com a Constituição Provisória que precedeu a Carta de 1891, e foi regulamentado pelo Decreto nº 848/1890,¹⁰³ havendo sido posteriormente incorporado ao texto da Constituição de 1891, que atribuiu competência ao Supremo Tribunal Federal “para rever as sentenças das Justiças dos Estados, em última instância, quando se questionasse a validade ou a aplicação de tratados e leis federais e a decisão do Tribunal fosse contra ela”, bem como “quando se contestasse a validade de

⁹⁹ Essa deformidade não é depreendida no modelo de jurisdição constitucional adotado na Alemanha (*Rechtsstaat*), também concebido sob inspiração da experiência constitucional austríaca, no curso qual, conforme Cappelletti, os juízes comuns, tal como na Áustria, são incompetentes para efetuar o controle de constitucionalidade das leis, que ali é reservado, como no modelo austríaco, à competência exclusiva da Corte Constitucional daquele País (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 109). Mas, na Alemanha, diferentemente do que ocorre na Áustria, o juiz, encontrando-se diante de lei que considere contrária à Constituição, em vez de ser passivamente obrigado a aplicá-la, tem, ao contrário, o poder (e o dever) de submeter a questão à Corte Constitucional, a fim de que ela seja decidida por aquele Tribunal, com eficácia vinculante (CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*, cit., p. 109).

¹⁰⁰ Mitidiero advoga a tese de que o nosso modelo de jurisdição constitucional não se confunde com *État Legal*, com o *Rechtsstaat* ou com o *Rule of Law*, constituindo, a bem da verdade, um regime próprio (MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*, cit., p. 26). E tal se dá porque, como observa Hermes Zaneti Júnior em artigo encartado em obra publicada conjuntamente com Mitidiero, a tradição que nos foi legada é muito rica, na exata medida em que aglutina “as humanidades do universalismo português; a tradição constitucional de jurisdição das liberdades norte-americanas; o método jurídico francês e o conceitualismo e rigor científico alemão e italiano” (ZANETI JR., Hermes. *Processo constitucional: relações entre processo e constituição*. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004, p. 23-62. p. 17), formação híbrida que nos confere uma enorme vantagem, “a vantagem dos mestiços, uma tônica maior na justiça como valor, e maior resistência, em razão dessa tônica, a imperativos *a priori*, ao direito posto em abstrato pelo legislador, em descompasso com a vida”, como disse Zaneti em estudo mais recente (ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 55).

¹⁰¹ ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 55.

¹⁰² Cf.: MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 149-150.

¹⁰³ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*, cit., p. 35.

leis ou atos federais, em face da Constituição ou das leis federais, e a decisão do Tribunal considerasse válidos esses atos ou leis impugnadas”.¹⁰⁴ E acentuam, adiante, que “a Lei de nº 221, de 20 de novembro de 1894, veio a explicitar, ainda mais, o sistema judicial de controle de constitucionalidade”, ao dispor, no parágrafo 10 de seu artigo 13, que “os juízes e tribunais apreciarão a validade das leis e regulamentos e deixarão de aplicar aos casos ocorrentes as leis manifestamente inconstitucionais e os regulamentos manifestamente incompatíveis com as leis ou com a Constituição”.¹⁰⁵ Bem ilustra essa particularidade de nosso ordenamento jurídico a seguinte passagem da obra de Rui Barbosa, também destacada por Mendes e Martins:¹⁰⁶

O único lance da Constituição americana, onde se estriba ilativamente o juízo, que lhe atribui essa intenção, é o do art. III, seq. 2ª, cujo teor reza assim: ‘O poder judiciário estender-se-á a todas as causas, de direito e equidade, que nasceram desta Constituição, ou das leis dos Estados Unidos’.

Não se diz aí que os tribunais sentenciarão sobre a validade, ou invalidade, das leis. Apenas se estatui que conhecerão das causas rígidas pela Constituição, como conformes ou contrárias a ela.

Muito mais concludente é a Constituição brasileira. Nela não só se prescreve que ‘Compete aos juízes ou tribunais federais processar e julgar as causas, em que algumas das partes fundar a ação, ou a defesa, em disposição da Constituição Federal’ (art. 60, a); como, ainda, que ‘Das sentenças das justiças dos Estados em última instância haverá recurso para o Supremo Tribunal Federal, quando se questionar sobre a validade de tratados e leis federais, e a decisão do tribunal do Estado for contrária (art. 59, §1º, a)’.

A redação é claríssima. Nela se reconhece, não só a competência das justiças da União, como a das justiças dos Estados, para conhecer da legitimidade das leis perante a Constituição. Somente se estabelece, a favor das leis federais, a garantia de que, sendo contrária à subsistência delas a decisão do tribunal do Estado, o feito pode passar, por via de recurso, para o Supremo Tribunal Federal. Este ou revogará a sentença, por não procederem as razões de nulidade, ou a confirmará pelo motivo oposto. Mas, numa ou noutra hipótese, o princípio fundamental é a autoridade reconhecida expressamente no texto constitucional, a todos os tribunais, federais, ou locais, de discutir a constitucionalidade das leis da União, e aplicá-las, ou desaplicá-las, segundo esse critério.

¹⁰⁴ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 36.

¹⁰⁵ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 37.

¹⁰⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999, cit.*, p. 36-37.

É o que se dá, por efeito do espírito do sistema, nos Estados Unidos, onde a letra constitucional, diversamente do que ocorre entre nós, é muda a este propósito.¹⁰⁷

A adoção, entre nós, do controle difuso de constitucionalidade também impacta a atividade dos demais intérpretes que se inserem no campo da aplicação do Direito. Com efeito, o reconhecimento judicial da inconstitucionalidade das leis em geral surge de manifestações dos litigantes, que, representados por seus advogados, procuram convencer o Poder Judiciário de que o Direito lhes socorre, porque as leis invocadas pelos seus adversários são incompatíveis com o texto constitucional. Antes disso, esses litigantes, sejam eles cidadãos ou o próprio poder público, cientes de que a Constituição se encontra num plano superior às leis, podem ter deixado sem aplicação leis que consideraram inconstitucionais, praticando, sob a invocação da sua inconstitucionalidade, atos concretos que contradigam opções político-normativas aprovadas pelo legislador. Sendo assim, acrescento à observação de Zaneti,¹⁰⁸ fundada na constatação de que “nunca houve na tradição constitucional brasileira uma identificação completa entre direito e lei”, que não apenas os juízes, mas, em rigor, todo e qualquer intérprete, sente-se “mais ou menos à vontade [...] para agir conforme a justiça”, de modo a tornar efetivas as regras e princípios consagrados na Lei Maior.

Em razão dessa particularidade do ordenamento jurídico-positivo brasileiro, não há espaço para a separação entre as leis e a Constituição como objetos a que se reportam a Administração e seus agentes no campo da aplicação do Direito. Posto isso, é imprecisa a distinção, no plano da Ciência, entre legalidade e juridicidade.

5 À guisa de conclusão: legalidade é juridicidade

Essas considerações põem em evidência que a juridicidade deve ser empregada como legalidade em um sentido mais amplo, contexto em que o conteúdo do princípio da legalidade administrativa conduz à vinculação da Administração e de seus agentes não apenas à lei em sentido formal, mas ao próprio Direito quando considerado em sua integralidade. Isso significa dizer que a Administração e seus agentes também se encontram vinculados, por força desse princípio, às regras e princípios insculpidos no texto constitucional, e que devem, por isso, quando de sua referência às leis, interpretá-las e aplicá-las em consonância com a Constituição. Nessa perspectiva, *legalidade é juridicidade*.

¹⁰⁷ BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962, p. 54-55.

¹⁰⁸ ZANETI JR. Hermes. *Processo Constitucional: O modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*, cit., p. 55.

Em rigor, mesmo para aqueles que entendem que a legalidade e a juridicidade são princípios jurídicos distintos, não há dúvidas quanto a estarem os agentes estatais vinculados não apenas ao que prescreve a lei (por força do princípio da legalidade), mas também às normas constitucionais (dada a incidência do princípio da juridicidade). Nesse sentido é a lição de Romeu Felipe Bacellar Filho que se posiciona pela necessidade de separação entre legalidade e juridicidade, mas adverte que, a despeito disso, a atividade administrativa pressupõe “a observância de ambos os princípios: legalidade (em sentido estrito), como cumprimento da lei formal, e juridicidade, como atendimento aos mandamentos do ordenamento jurídico como um todo, sobretudo das normas constitucionais”.¹⁰⁹

Destarte, *a despeito da corrente teórica a que se filie o intérprete*, não se pode perder de vista que *todos devemos cumprir as leis e a Constituição. Em especial no âmbito da Administração Pública, onde vigora a vinculação dos agentes estatais ao Direito.*

Com essas observações reitero a afirmação que tenho feito a todos que me questionaram, ao longo dos anos, sobre a necessidade de se conferir cumprimento a leis inconstitucionais, que neste trabalho procuro ancorar em construção teórica fundada em pressupostos científicos e jurídico-normativos: uma lei inconstitucional não comporta aplicação, em especial no âmbito administrativo, em que vigora uma legalidade estrita, porque não encontra fundamento de validade na Constituição, norma editada com o específico propósito de limitar a atividade legislativa.

Referências

- AZZARITI, Gaetano. *Problemi Attuali di Diritto Costituzionale*. Milão: Dott. A. Giuffrè Editore, 1951.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. A noção jurídica de interesse público no direito administrativo brasileiro. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. A noção jurídica de “interesse público”. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 27. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Legalidade, discricionariedade: seus limites e controle. In: BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Grandes temas de direito administrativo*. São Paulo: Malheiros, 2010.

¹⁰⁹ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. *A noção jurídica de interesse público no Direito Administrativo Brasileiro*, cit., p. 99.

- BARBOSA, Rui. Os atos inconstitucionais do Congresso e do Executivo. In: BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BARBOSA, Rui. *Trabalhos jurídicos*. Rio de Janeiro: Casa de Rui Barbosa, 1962.
- BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.
- BEZNOS, Clovis. *Aspectos jurídicos da indenização na desapropriação*. Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- BINENBOJM, Gustavo. *A Nova Jurisdição Constitucional Brasileira – Legitimidade democrática e instrumentos de realização*. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- BITTENCOURT, Lucio. *O Controle Jurisdicional da Constitucionalidade das Leis*, Rio de Janeiro: Forense, 1949, p. 91, nota 3.
- BONAVIDES, Paulo. *Do Estado liberal ao Estado social*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes de; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CAPPELLETTI, Mauro. *O controle judicial de constitucionalidade das leis no direito comparado*. 2. ed. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre: SAFE, 1992.
- DALLARI, Dalmo de Abreu. *Elementos de Teoria Geral do Estado*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001.
- DINIZ, Maria Helena. *Compêndio de introdução à ciência do direito: introdução à teoria geral do direito, à filosofia do direito, à sociologia jurídica e à lógica jurídica*. Norma jurídica e aplicação do direito. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. II. 11. ed. Madri, Thomson Civitas, 2008.
- FAGUNDES, Miguel Seabra. *O Controle dos Atos Administrativos pelo Poder Judiciário*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1957.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 1975.
- FERRAZ JR., Tércio Sampaio. *Conceito de direito no sistema*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1976.
- FIGUEIREDO, Lúcia Valle. Processo e procedimento administrativo. In: FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Perspectivas do direito público*. Belo Horizonte: Del Rey, 1995.
- FISS, Owen. *O correto grau de independência*. In: FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- FISS, Owen. *Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre Jurisdição, Constituição e Sociedade*. Tradução de Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós, sob a coordenação de Carlos Alberto de Salles. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- HAMILTON, Alexander; JAY, John; MADISON, James. *O Federalista*. Campinas: Russell, 2005.
- MADUREIRA, Claudio. *Advocacia Pública*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

- MADUREIRA, Claudio. *Direito, processo e justiça: o processo como mediador adequado entre o direito e a justiça*. Salvador: JusPodivm, 2014.
- MADUREIRA, Claudio. *Royalties de petróleo e Federação*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.
- MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição Brasileira*. Porto Alegre: Livraria do Globo, 1929.
- MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.
- MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 16. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991.
- MENDES, Gilmar Ferreira. *Jurisdição Constitucional: o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. Rio de Janeiro: Saraiva, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; MARTINS, Ives Gandra da Silva. *Controle Concentrado de Constitucionalidade: comentários à Lei n. 9868, de 10-11-1999*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo I. 7. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MITIDIERO, Daniel. *Processo civil e Estado Constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.
- MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 1999.
- RAMIREZ, Felipe Tena. *Derecho Constitucional Mexicano*. México: Porrúa, 1944.
- RAMOS, Elival da Silva. *A Inconstitucionalidade das Leis: vício e sanção*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- RAO, Vicente. *Folha de São Paulo*, 20.03.63 *apud* Arquivos do Ministério da Justiça nº 95, p. 61.
- REALE, Miguel. Parecer. *Diário Oficial do Estado de São Paulo*, de 19.03.63 *apud* RTJ 96/496-499.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *O princípio constitucional da igualdade*. Belo Horizonte: Lê, 1990.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. *Princípios constitucionais da Administração Pública*. Belo Horizonte: Del Rey, 1994.
- VILANOVA, Lourival. *Estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. São Paulo: Noeses, 2005.
- ZANETI JR., Hermes. *Processo Constitucional: o modelo Constitucional do Processo Civil Brasileiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- ZANETI JR., Hermes. Processo constitucional: relações entre processo e constituição. In: MITIDIERO, Daniel Francisco; ZANETI JR., Hermes. *Introdução ao estudo do processo civil – Primeiras Linhas de um Paradigma Emergente*. Porto Alegre: SAFE, 2004.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MADUREIRA, Claudio Penedo. Legalidade é juridicidade: notas sobre a (i)legitimidade da aplicação de leis inconstitucionais pela Administração Pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 217-240, jan./mar. 2019.
